

## Droit et handicap 3/06

### Impressum

„Droit et handicap“ paraît en annexe des Informations trimestrielles de Intégration Handicap.

Éditeur: Service juridique *Intégration Handicap*

Bureau de la Suisse romande:  
Place Grand Saint-Jean 1  
1003 Lausanne  
Tél. 021 323 33 52

Consultations juridiques gratuites en matière de droit des personnes handicapées, en particulier dans le domaine des assurances sociales

„Droit et handicap“ peut être téléchargé sous [www.integrationhandicap.ch](http://www.integrationhandicap.ch) (publications).

Deutschsprachige Ausgabe: „Behinderung und Recht“

### Jurisprudence dans le domaine de l'allocation pour impotent

#### Quand une personne est-elle considérée comme résidente d'un home?

Le législateur a décidé, dans le cadre de la 4e révision de la LAI, de doubler les montants de l'allocation pour impotent dans le but de permettre aux personnes ayant des besoins d'assistance importants de vivre une vie aussi autonome que possible en dehors des institutions. Ces montants s'élèvent aujourd'hui, pour les adultes, à 430 francs par mois en cas d'impotence faible, de 1'075 francs en cas d'impotence moyenne et de 1'720 francs en cas d'impotence grave. Ce n'est que pour les résidents de homes que ces montants restent inchangés. L'art. 42 ter al. 2 LAI stipule que „Le montant de l'allocation pour impotent versée aux assurés qui séjournent dans un home correspond à la moitié des montants prévus à l'al. 1“.

Mais qu'en est-il lorsqu'une personne séjourne habituellement dans un home et passe parfois ses vacances et week-ends chez elle? Ou lorsqu'une personne habite chez elle mais séjourne de temps en temps quelques jours dans une institution pour décharger les personnes qui la soignent? En effet, ni la loi ni l'ordonnance n'ont prévu de définition précise du „résident d'un home“. Les organisations de personnes handicapées avaient attendu de voir cette notion déterminée par le lieu où la personne séjourne le plus souvent, position défendue dès le début également par la FSIH („Droit et handicap“, 1/04). Or, c'est avec grande surprise et incompréhension que nous

avons pris connaissance, peu de temps après l'entrée en vigueur de la révision, d'une circulaire rédigée par l'OFAS stipulant qu'une personne était à qualifier, dès qu'elle passe une seule nuit par mois dans une institution, de résidante d'un home pour le mois en question.

L'interprétation que fait l'OFAS de la loi a été contestée un peu partout. Il y a quelque temps (cf. „Droit et handicap“, 2/05), nous avons déjà commenté un jugement rendu par le tribunal des assurances du canton du Valais ayant qualifié la directive administrative de contraire à la loi. L'OFAS a porté ce jugement devant le TFA; après un long délai d'attente, le tribunal suprême a rendu sa décision qui clarifie enfin la situation.

Dans son jugement du 4.7.2006 (I 92/05), le TFA s'est basé, faute de définition claire par la loi et l'ordonnance, sur la volonté clairement formulée par le législateur de permettre aux personnes gravement handicapées, en renforçant les moyens de financement des soins, de choisir leur lieu de domicile et de séjour. Il a estimé que de ce point de vue, il n'était pas légitime de qualifier une personne de résidante de home pour le seul motif qu'elle passe de temps à autre une ou même plusieurs nuits dans une institution pour décharger ses proches, au lieu qu'il soit fait appel à des tiers pour fournir l'aide nécessaire à domicile.

Le TFA a conclu que la qualité de résidant de home devait être attribuée ou non pour chaque mois, le facteur déterminant étant de savoir si la personne passe, durant le mois en question, la majeure partie des nuits au home. Concrètement, cela veut dire que lorsqu'une personne passe plus de 15 nuits dans un home durant le mois correspondant, elle est considérée comme résidante de home et n'ayant droit qu'à la moitié d'une allocation pour impotent. Dans tous les autres cas, elle a droit à une double allocation pour impotent pour le mois en question.

Le jugement (attendu) du TFA est extrêmement réjouissant, vu qu'il permet aux personnes ayant des besoins d'assistance importants, ainsi qu'à leurs proches,

d'aménager leur vie le plus possible en fonction de leurs besoins concrets. Il est toutefois agaçant que l'office fédéral ait tenté de remettre en cause le résultat de la 4<sup>e</sup> révision de la LAI par une interprétation de la loi aussi difficilement compréhensible.

### **Pas de clause d'assurance pour les ressortissants suisses**

Depuis la suppression de la clause générale d'assurance dans l'art. 6 al. 1 LAI à compter du 1.1.2001, il est en soi clair que les ressortissants suisses domiciliés en Suisse ont droit à une allocation pour impotent même lorsque la survenance de leur impotence date d'une période où ils résidaient à l'étranger - sans avoir adhéré à l'assurance facultative. Dans la pratique, on rencontre tout au plus sporadiquement des questions relevant du règlement transitoire; le cas suivant en est un exemple:

Une ressortissante allemande gravement handicapée mentale était venue s'installer en Suisse en 1986. Au bout de cinq ans, elle s'était vu allouer une rente extraordinaire par l'AI, tandis que sa demande d'allocation pour impotent avait en revanche été rejetée pour motif que l'assurée ne remplissait pas la clause d'assurance. Même après que cette femme ait dans l'intervalle acquis la nationalité suisse, une nouvelle demande a été rejetée durant l'année 2000. Enfin, une troisième demande, formulée par l'assurée après l'entrée en vigueur le 1.1.2001 de la modification de la loi, s'est elle aussi soldée par un rejet.

Mais finalement, le tribunal administratif du canton de Berne a accepté, dans son jugement du 2.6.2004 (IV 63806/120/2003), le recours interjeté par l'assurée. Il en est arrivé à la conclusion qu'en présence d'une modification du fondement légal d'octroi intervenue dans l'intervalle, le droit à une allocation pour impotent, précédemment dénié à l'assurée par décision passée en force, devait être réexaminé. Le fait, a-t-il considéré, que l'art. 4 des dispositions transitoires relatives à la révision entrée en vigueur le 1.1.2001 ne mentionne qu'une adaptation des rentes n'y change rien. Le tribunal a

estimé que cette disposition transitoire devait également s'appliquer de manière analogue aux allocations pour impotent.

### **Pas de clause d'assurance non plus pour les ressortissants d'ex-Yougoslavie**

Récemment, le tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a examiné la question de la clause d'assurance concernant un enfant handicapé mental originaire de Serbie-Monténégro. Comme dans le cas précité, une demande de contributions aux soins avait déjà été rejetée en 1998 pour motif que l'enfant était déjà impotent lors de son entrée en Suisse, raison pour laquelle les conditions d'octroi des prestations d'assurance n'étaient pas remplies. Après le remplacement, dans le cadre de la 4e révision de la LAI, des contributions pour soins selon l'ancien droit par une allocation pour impotent, les parents de l'enfant ont fait une nouvelle demande, elle aussi rejetée par l'office AI.

Dans son jugement du 12.6.2006 (IV.2005.00692), le tribunal des assurances sociales zurichois a d'abord statué que l'évaluation des droits des personnes originaires de Serbie-Monténégro se basait comme d'ordinaire sur la convention de sécurité sociale conclue avec l'ex-Yougoslavie. Cette convention prévoit certes, a-t-il mentionné, que les enfants serbo-monténégrins n'ont droit à des mesures de réadaptation de l'AI que s'ils ont séjourné en Suisse depuis une année au moment de la survenance de l'invalidité, c.-à-d. lorsque la mise en œuvre d'une mesure concrète de réadaptation a été nécessaire pour la première fois; le tribunal a précisé que l'accès à l'allocation pour impotent n'était cependant pas limité par la convention, contrairement aux mesures de réadaptation. C'est la raison pour laquelle il a estimé qu'il fallait appliquer la clause contenue dans l'article 2 de la convention stipulant l'égalité de traitement entre les ressortissants d'ex-Yougoslavie et les ressortissants suisses pour ce qui concerne les prestations de l'AI.

Ce qui s'applique aux personnes originaires d'ex-Yougoslavie pourrait s'avérer valable pour de nombreuses per-

sonnes issues d'autres pays avec lesquels la Suisse a signé une convention de sécurité sociale. La plupart de ces conventions prévoient en effet de traiter ces personnes à pied d'égalité avec les ressortissants suisses en ce qui concerne l'allocation pour impotent. Il s'agit là d'une disposition ayant également une grande importance pour le droit des enfants impotents issus des pays de l'UE; en effet, aussi longtemps que les tribunaux n'auront pas déterminé si les règlements de la convention de libre passage des personnes, signée avec l'UE, concerne également les droits des enfants handicapés découlant directement de leur invalidité propre, les conventions bilatérales de sécurité sociale resteront applicables.

### **Allocation pour impotent de l'AVS pour les ressortissants allemands?**

Pour terminer, nous commenterons brièvement un cas concernant le domaine de l'AVS. Une femme âgée, ressortissante allemande domiciliée dans le canton de Berne, mais ne percevant ni une rente vieillesse de l'AVS ni des prestations complémentaires, a demandé une allocation pour impotent. La caisse de compensation a rejeté sa demande au motif que seuls les bénéficiaires d'une rente de vieillesse de l'AVS ou de PC ont droit, selon l'art. 43 bis al. 1 LAVS, à une allocation pour impotent de l'AVS. L'assurée a fait recours contre cette décision auprès du tribunal administratif du canton de Berne.

Dans un premier temps, le tribunal a conclu, dans son jugement du 5.12.2005 (AHV 65296/9/2004), que la question du droit devait être évaluée selon les dispositions de la convention sur la libre circulation entre la Suisse et les pays membres de l'UE (et, partant, en se basant sur le règlement CEE n° 1408/71), étant donné que la recourante avait eu un statut de fonctionnaire travaillant en Allemagne, et afin que les dispositions du règlement soient applicables à titre personnel. D'autre part, le tribunal a précisé que l'art. 10bis al. 3 du règlement CEE n° 1408/71 concernant les prestations spéciales à caractère non contributif stipulait que celles-ci étaient accordées lorsque leur octroi avait été subordonné au droit à une autre prestation, et ce indépendamment de la question

de savoir par quel Etat membre cette autre prestation était accordée. Vu que la recourante était au bénéfice d'une rente de vieillesse allemande, a-t-il conclu, elle devait être traitée comme une bénéficiaire de rente AVS suisse et avait par conséquent également droit à une allocation pour impotent de l'AVS.

Georges Pestalozzi-Seger

### PC: Prise en compte des capitaux de libre passage à titre de fortune

Il arrive régulièrement que des personnes atteintes dans leur santé perçoivent une rente AI mais pas de prestations pour invalidité de la prévoyance professionnelle, étant donné qu'elles n'étaient pas assurées auprès d'une caisse de pension au moment déterminant de la survenance de leur incapacité de travail. Souvent, ces personnes ont malgré tout payé des cotisations à la prévoyance professionnelle durant des années, fonds qui reposent sur un compte de libre passage à titre de „prestations de vieillesse“.

Normalement, de telles prestations de vieillesse peuvent être versées, selon l'art. 16 de l'ordonnance sur le libre passage, au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite. En revanche, si l'assuré perçoit une rente d'invalidité entière de l'AI (et pas seulement un quart de rente, une demi- ou trois-quarts de rente), la prestation de vieillesse peut lui être versée plus tôt, sur sa demande. Une demande explicite est alors nécessaire.

#### Situation initiale

Dans un jugement récent, le TFA devait examiner le cas d'une assurée dont la demi-rente AI avait été portée à une rente AI entière. L'Office des prestations complémentaires de la ville de Zurich avait ensuite adapté également le montant des prestations complémentaires en

prenant non seulement en considération, dans le calcul des PC, les prestations de rente majorées, mais aussi – fait nouveau – les prestations de vieillesse déposées sur un compte de libre passage d'un montant d'un peu plus de 30'000 francs, et ce malgré le fait que l'assurée n'en avait encore même pas demandé le versement.

L'assurée, s'étant opposée à ce procédé, a dans un premier temps obtenu gain de cause par le tribunal des assurances sociales du canton de Zurich: celui-ci était d'avis que le paiement en numéraire d'une prestation de libre passage, dont le versement n'est pas obligatoire selon la loi, n'était échu que si le preneur de prévoyance en avait fait la demande. Le tribunal avait conclu que, selon le principe stipulant que seules les valeurs patrimoniales réellement existantes dont la personne assurée peut librement disposer pouvaient être prises en compte dans le calcul des PC, une prestation de libre passage ne pouvait pas être prise en compte avant d'être versée. D'autre part, le tribunal a estimé qu'il ne s'agissait pas non plus d'un dessaisissement de fortune, vu que, d'une part, il existait manifestement, dans le cadre du deuxième pilier, une équivalence adéquate qui correspondait au substrat de la prévoyance et que, d'autre part, l'assurée exerçait, en prenant sa décision, son droit de choisir, explicitement prévu par la loi.

#### Le jugement du TFA

Le TFA a infirmé l'avis de l'instance inférieure et accepté, dans son jugement du 29.5.2006 (P 56/05), le recours de l'office des prestations complémentaires. Le tribunal a conclu – contrairement à ce que supposait l'instance inférieure – que les prestations de la prévoyance professionnelle n'étaient pas échues que si la preneuse de prévoyance en faisait la demande, mais dès le moment où les prestations pouvaient être demandées. En revanche, il a estimé qu'un avoir échu „dormant sur un compte“ devait être traité de la même façon qu'un avoir effectivement perçu, précisant que si l'on en décidait autrement, l'imputabilité de tels avoirs serait laissée à l'arbitraire de l'ayant-droit et qu'il en résulterait une inégalité de traitement injustifiable à l'égard des personnes

qui perçoivent effectivement de tels avoirs. Enfin, le TFA s'est également référé à l'obligation générale de diminuer le dommage, selon laquelle l'on peut attendre d'une assurée bénéficiant de PC qu'elle mette à profit toutes les possibilités à sa disposition pour réaliser un revenu.

### **Commentaire**

En considération du principe général qui stipule le respect de l'obligation faite à chacun de limiter le dommage, le jugement du TFA n'est sûrement pas une surprise; il est par ailleurs matériellement justifiable. En revanche, il s'avère problématique dans les cas où une personne est bel et bien au bénéfice d'une rente entière de l'AI en raison d'une atteinte à sa santé relativement instable, mais qu'elle doit en permanence s'attendre à voir sa rente supprimée lors de la révision suivante. Si cette personne se voit de fait dans l'obligation de libérer ses avoirs provenant de la prévoyance professionnelle durant la période où elle touche une rente transitoire de l'AI, il se peut tout à fait qu'elle soit confrontée à une perte quasiment totale de sa protection-vieillesse lorsqu'elle recouvre sa capacité de gain. Il est quelque peu surprenant que le TFA ne se soit pas penché sur cette problématique.

Dans ce contexte, il n'est pas inintéressant que la CSIAS, dans ses normes de calcul de l'aide sociale, défende un point de vue sensiblement plus différencié. Elle précise textuellement: „Afin de ne pas remettre en question l'objectif du 2e pilier ... , l'utilisation d'avoirs de libre passage pouvant être libérés ou dissous pour faire face aux dépenses d'entretien avant d'atteindre l'âge de la retraite AVS doit intervenir à titre exceptionnel uniquement." Reste à espérer que les organes d'exécution de la PC prévoient eux aussi une pratique plus différenciée, et ce notamment dans le cas des personnes dont l'état de santé évolue de manière instable et chez lesquelles il ne semble pas exclu qu'elles recouvrent leur capacité de gain.

Georges Pestalozzi-Seger

### **LPGA: Incertitudes quant au règlement des délais**

Les articles 38, 39, 40 et 41 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales LPGA prévoient un règlement uniforme des délais pour tous les domaines du droit des assurances sociales. Cette partie de la LPGA a même survécu à la révision de la procédure de l'AI; elle reste donc applicable au domaine de l'assurance-invalidité.

C'est notamment l'art. 38 al. 4 LPGA, réglant la suspension des délais durant certains jours, qui est important. Dans un domaine caractérisé par une grande diversité de règlements cantonaux, la loi stipule pour l'ensemble des branches des assurances sociales que les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas:

- du 7e jour avant Pâques au 7e jour après Pâques inclusivement,
- du 15 juillet au 15 août inclusivement,
- du 18 décembre au 1er janvier inclusivement.

### **Disposition transitoire**

Tandis que les dispositions ci-dessus s'appliquent sans restriction à la procédure d'opposition, le législateur a ajouté, dans l'art. 82 al. 2 LPGA, un règlement transitoire qui s'applique aux procédures devant les tribunaux administratifs et les tribunaux des assurances cantonaux: selon cette disposition, les cantons doivent adapter leur législation concernant les voies de recours à la LPGA dans un délai de cinq ans (c.-à-d. d'ici fin 2007). Jusqu'à cette date, les règlements cantonaux en vigueur restent applicables.

Cette disposition transitoire était restée ignorée non seulement par de nombreux assurés et leurs avocats, mais aussi par l'administration elle-même. Par la suite, les premiers jugements rendus par le Tribunal fédéral des assurances ont généré une incertitude générale que des jugements plus récents ont toutefois largement dissipée grâce aux clarifications apportées.

### **Suspension des délais lors de litiges concernant l'AI, l'AVS, les APG et les PC**

Quel règlement s'applique-t-il effectivement dans les cantons dont les dispositions sur les voies de recours concernant les délais ne concordent pas avec le règlement de la LPGA? Récemment, le TFA a statué sur un cas issu du canton de Berne, canton dont la loi régissant la juridiction administrative ne prévoit pas de suspension des délais (jugement du 6.4.2006, I 803/05). Concrètement, un avocat, supposant que les règles sur la suspension des délais selon la LPGA s'appliquaient, n'a fait recours contre une décision d'opposition d'un office AI, envoyée le 17 décembre, que le 31 janvier. Après que le tribunal cantonal ait décidé l'entrée en matière sur ce recours et l'ait partiellement approuvé, l'office AI a fait valoir auprès du TFA le grief que l'instance inférieure n'aurait en fait pas dû entrer en matière en ce qui concerne le recours en question interjeté avec retard.

Le TFA a constaté que dans les domaines de l'AVS, de l'AI, des APG et des PC ainsi que celui des allocations familiales dans l'agriculture, les règles concernant les délais prévus par la loi fédérale sur la procédure administrative étaient obligatoirement appliquées aux procédures devant les tribunaux cantonaux des assurances déjà avant l'entrée en vigueur de la LPGA, et ce conformément à des normes spéciales de renvoi prévues dans la LAVS, la LAI, la LAPG, la LPC ainsi que dans la LFA. Or, il se trouve que l'art. 22a de la loi sur la procédure administrative prévoit le même règlement concernant la suspension des délais que l'art. 38 al. 4 LPGA. Le TFA a précisé que si, avant l'entrée en vigueur de la LPGA, aucune marge n'a cependant été prévue dans ces domaines pour l'application de règlements des délais cantonaux, l'entrée en vigueur de la LPGA n'a rien changé à cette situation; c'est pourquoi la disposition transitoire de la LPGA - selon l'avis du TFA - ne peut en l'occurrence déployer aucun effet juridique autonome.

Autrement dit: dans les domaines de l'AVS, de l'AI, des APG et PC ainsi que des allocations familiales dans l'agriculture, les nouveaux règlements de la LPGA con-

cernant la suspension des délais s'appliquent sans restriction à l'ensemble des cantons. Il en va autrement pour l'assurance-accidents, l'assurance militaire, l'assurance-maladie obligatoire et l'assurance-chômage: dans ces domaines, des règlements cantonaux différents peuvent continuer d'être appliqués jusqu'à fin 2007. Outre le canton de Berne, il n'est pas possible ici de citer en détails les cantons concernés. Dans ce contexte, nous renvoyons à deux jugements rendus par le TFA au sujet de l'assurance-accidents, dans lesquels le tribunal a qualifié d'applicables les règlements cantonaux des cantons de Zurich et de Bâle-Campagne, différents de ceux de la LPGA (jugements du 26.8.2005: U 268/03 et U 308/03).

### **Notification pendant la suspension des délais**

Dans un jugement du 26.8.2005 (I 723/04), le TFA devait examiner une autre question: il s'agissait là de savoir à quel moment le délai de recours de 30 jours commence à courir dans la procédure d'opposition de l'AI lorsque la décision sur opposition est notifiée pendant la suspension des délais. Dans ce cas, le TFA a statué que le délai commençait à courir dès le premier jour après expiration de la suspension des délais, et que ce premier jour n'était donc pas à considérer comme le jour de notification. En d'autres termes: lorsqu'une décision a été notifiée entre le 15 juillet et le 15 août, le délai de recours expire le 14 septembre; en cas de notification entre le 18 décembre et le 1er janvier, le délai de recours expire le 31 janvier.

Georges Pestalozzi-Seger